IESVS, MARIA, IOSEPH.

POR
DOÑA MARIA
del Barrio, como madre, y tutora de Garcia de la Carrera su hijo, y de Iuan Garcia de la Carrera su marido.
CON
Iuan Morales de Vrrea, vezinos de la ciudad de Toro.
SOBRE

La sucession de los bienes del vinculo, y mayorazgo que fundò el Licenciado Garcia de la Carrera, Canonigo en la Iglesia Colegial de la dicha Ciudad de Toro.

A Para

Nu.1. PARA este pleyto se supone, que en dos de Enero de 1601. el dicho Canonigo en el testamento que otorgò, dize haze vinculo, y mayorazgo de sus bienes que alli señala, y llama por primer sucessor à Iuan de la Carrera su sobrino, que desde niño auia criado, y à sus hijos, y descendientes, y à falta del à Rodrigo de la Carrera, hermano suyo, y padre natural del dicho Iuan, y despues llama à los hijos de sus hermanas, y pone vna clausula general, que dize assi.

Clausula.

Nu.2. *¶ Las quales condiciones quiero que tengan fuerça de propias, y verdaderas condiciones, porque desde agora declaro que no llamo, ni he por llamados, sino tan solamente à los que las guardaren, y à los que no lo hizieren los he por no llamados, è preteridos, y exclusos de la sucession de este mi mayorazgo.*

Nu.3. A falta de los descendientes de sus hermanos, dize, que suceda el pariente transuersal mas propinquo, con que no sea descendiente de Francisco de la Carrera, è de Valentina de Toro su muger, que assi es su voluntad.

Y por otra clausula graua à los sucessores, que se ayan de llamar, y firmar de su nombre, y apellido, ò traer sus armas, y especialmente el hijo, è sucessor del dicho Iuan de la Carrera primer llamado, y pone grauamen que se ayan de casar los sucessores con descendientes de Antona Garcia, y la clausula dize assi.

Clausula

Clausula del testamento.

¶ *E que el dicho Iuan de la Carrera se aya de casar, y case en teniendo edad para ello, con los descendientes de Antona Garcia de Monroy, y vezinos desta Ciudad, y à falta dellos, aunque viuan fuera desta Ciudad, como sean descendientes de dicha Monroya: E lo mismo se entienda en los demas sucessores, aunque sea necessario dispensacion: lo qual quiero no se entienda con el dicho Rodrigo de la Carrera mi hermano.* Nu.4.

Nombrale por administrador de los bienes, y q̃ viua en su casa, paraq̃ beneficie toda la hazienda, y de los reditos, y frutos pague los reditos de los censos, y de lo restante los vaya redimiendo, y hasta que esten todos redimidos no goze el por el llamado: y dize, que si su hermano muriere antes que la haziẽda estè desempeñada, ò estuuiere ocupado, demanera que no pueda administrarla, le da facultad para q̃ pueda nombrar persona que haga el oficio de depositario, y administrador. Num 5.

Por el codicillo que despues otorgò alterò esto en cierto modo, porque al dicho Rodrigo de la Carrera su hermano le dexa por vsufrutuario, por todos los dias de su vida de los bienes del dicho mayorazgo. Nu.6.

Clausula del codicillo.

¶ *Que por quanto dexò ordenado por su testamẽto, que Rodrigo de la Carrera su hermano sea depositario de toda su hazienda, y pagar los reditos, y redimir los censos, aora quiere, que el dicho Rodrigo de la Carrera, durante su vida, la persona, ò personas que huuieren de suceder en sus bienes, no le puedan pedir quenta del principal de la hazienda,* Nu.7.

da, ni vsufruto, è que despues de los dias de Rodrigo, toda la hazienda la aya, y goze el primer llamado. Y si el dicho Rodrigo durante los dias de su vida de la dicha hazienda, quisiere dar alguna cosa al primer llamado, ò al segundo, à falta del primero, lo pueda hazer como le pareciere, sin que à ello sea compelido.

Nu.8. El Canonigo fundador murio el año de 601. y Iuan de la Carrera se casò viuiendo Rodrigo de la Carrera su padre de primero matrimonio, con Maria Carrasco, que no era descendiente de Antona Garcia.

Nu.9. Por lo qual Iuan Morales de Vrrea, el año de 606. por Mayo (auiendose casado el mismo año con Maria de Cubillos, que no es del dicho linaje, y contrauenido formalmente à la condicion, y voluntad del fundador) puso demanda al dicho Iuan de la Carrera, para que (por auer contrauenido la voluntad del fundador, y no auer cumplido con el precepto de casarse con decendiente de las de Antona Garcia) le restituyesse los bienes del dicho mayorazgo con frutos, desde la muerte de Rodrigo de la Carrera su padre.

Nu.10. El qual se defendio diziendo, que el dicho Iuan Morales de Vrrea no era parte para alegar la dicha contrauencion (caso que la huuiesse) por auer tambien el contrauenido casandose cō persona de otra familia, en tiempo, que segun su pretension, era successor del dicho mayorazgo (aunque en vida del dicho Rodrigo de la Carrera) mayormente, que quādo se casò era menor de 17. años, y no tuuo noticia del testamēto, y precepto de casarse, y no gozar los bienes, por ser viuo Rodrigo de la Carrera su padre, que los auia de gozar por los dias de su vida, y le cōpetia el beneficio de restitucion contra la omission de no auer cumplido con el dicho precepto: Con q̃ se dio sentencia en que le conceden el beneficio de restitucion, y declara no auer lugar la pretensiō del dicho Iuan Morales de Vrrea.

Este

Este pleyto se quedó assi, hasta que muerto el dicho Iuan de la Carrera, le buelue à suscitar el dicho Iuan Morales, y pretende Garcia de la Carrera, hijo del dicho Iuan de la Carrera, que su padre no ha contrauenido à la voluntad del fundador, porque quando se casó de primero matrimonio no le tocaua la succession por posseer Rodrigo su abuelo, y q̃ en caso de contrauencion por la dicha menor edad le compete restitucion, y que él està capaz de cumplir con el dicho precepto de casar con decendiente de Antona Garcia, y consequentemente le pertenece la sucession, aun en caso de auer auido contrauencion, y ser nacido durante el pleyto, estando posseyendo el dicho mayorazgo Iuan de la Carrera su padre, como su hijo, y nieto del dicho Rodrigo de la Carrera Nu.11.

Prouanças se han hecho en orden à verificar la contrauencion, y assi tenia noticia Iuan de la Carrera quando se casò de primero matrimonio noticia de la fundacion, y sus condiciones, y tambien si la tenia el dicho Iuan de Morales de Vrrea el año de 606. quando se casò, en que conuienen los testigos que la tuuo, y dan razones bastantes desta esciencia, con lo qual el pleyto concluso se vio en difinitiua. Nu.12.

Y pretende el dicho Garcia de la Carrera que se ha de confirmar la sentencia del inferior, poniendo perpetuo silencio al dicho Iuan Morales de Vrrea, y su justicia se funda en tres articulos principales. Nu.13.

El primero, que con el primero, y segundo casamiento, no contrauino el dicho Iuan de la Carrera el precepto del fundador, y que por muerte de su padre succedió legitimamente. Nu.14.

El segundo, que en caso de contrauencion por ser menor de diez y siete años quãdo se casó, y no tener noticia de la fundacion, y estar desamparado de su padre le compitiò la restitucion concedida por la dicha sentencia. Nu.15.

El tercero, que cessando todo lo dicho en los dos Nu.16.

articulos, Garcia de la Carrera es sucessor legitimo deste mayorazgo, como nieto de Rodrigo, y hijo de Iuan de la Carrera, y auer nacido durante el pleyto, y teniendo sentencia en fauor su padre, posseyendo los bienes deste mayorazgo, y poder el cumplir con el precepto de casar con decendiente de Antona Garcia.

Primer Articulo, sobre que no ay contrauencion.

Nu. 17. ¶ Llano es (como queda aduertido sup. nu. 6.) que Rodrigo de la Carrera fue posseedor deste mayorazgo todo el tiempo que viuio, quando por el codicillo Garcia de la Carrera su hermano dispuso gozasse el vsufruto de los bienes del por todos los dias de su vida, sin que el primero, ni segundo llamado por su testamento le pudiessen pedir cuenta dellos, como parece de la clausula de qua supra numer. 7.

Nu. 18. Con lo qual Iuan de la Carrera, que por el testamento fue llamado por sucessor primero deste vinculo, viuiendo su padre no lo era, y estaua suspendida la succession hasta que muriesse, ibi: *Aora quiere q̃ el dicho Rodrigo de la Carrera durante su vida, la persona, ò personas que huieren de suceder en sus bienes, no le puedan pedir quenta del principal de la hazienda, ni vsufruto, è que despues de los dias de Rodrigo, toda la hazienda la aya, y goze el primer llamado*, quibus constat, que antes de la muerte del dicho Rodrigo de la Carrera, Iuan su hijo no tenia cosa en la sucession, pues auia de auer los bienes despues de su muerte, con que su llamamiento quedò condicionado, *l. dies incertus, ff. de cond. & demostr.*

Inde

Inde est, que no siendo actual posseedor deste mayorazgo, ni estarle deferida la succession por viuir Nu. 19.
su padre el año de seyscientos y dos quando caso
con Maria Carrasco su primer muger, no contraui
no al precepto que el fundador le impuso por su tes
tamento de casar con decendiente de Antonio Garcia, que de derecho se le podio imponer, vt late *Ludouicus Morotius, responso 9 nu. 5. Iacobus Cancerius libr. 2. variarum, cap. 7. de pactis à nume. 291. Francisco Molino de ritu nuptiarum, libr. 3. quaest. 29 num. 26. & 27. Castill. lib. 6. c. 126. in princ.*

Porque la disposicion que habla con el actual sucessor, no se extiende al inmediato in materia priua Nu 20.
tionis, por ser odiosa, que restringenda potius, quã amplianda est, *l. quod si nepotes, ff. de testamentaria tutela, Bart. in l. liberorum, nu. 1. ff. de verbor. signific. Paulus Castrensis. consi. 97. nu. 2. lib. 2. Peregr.* alios referens, *de fideicommiss. art. 1. num. 27. Petra eodem tractatu quaest. 1. num. 60.*

Y la razon es viua, porque seria grauarle de pre- Nu. 21.
sente por succession futura, y dudosa, en que podria no suceder por morir antes de su padre, & sic exceder el grauamen à la manda, contra *legem ab eo, C. de fideicommiss.* vt in terminis terminantibus, lo resueluen *Cephal. consi. 133. nu. 30.* cum sequentib. *Parisi. cons. 17. ex nu. 18. volum. 1.* idem sentit *Molina lib. 2. cap. 13. numer. 16.*

Y aunque entre estos Doctores ay encuentro, en Nu. 22.
quanto si el precepto de casar es modo, ò condiciõ, porque *Cephalo* tuuo, que semejante precepto era modal, y no condicional, y assi no quitaua la possession à quien no le podia cumplir, y *Parisio* tuuo lo contrario, porque en su caso fue con letura, que el precepto era condicional, y no modo, y assi no podia entrar à suceder quien no mostraua auia cumplido la condicion, pero juzgò por modo el precepto, puesto à el que despues de auer succedido lo ha de cumplir, y van conformes que el grauamen de casar

sar puesto al sucessor actual, no comprehende al inmediato quando el precepto se deue cumplir despues de auer sucedido.

Nu.23. Como en el caso deste pleyto, en q̃ el fundador llama à la sucesion deste mayorazgo à Iuan de la Carrera su sobrino puramente, ibi: *Y despues de sus dias suceda Iuan de la Carrera su sobrino, hijo de Rodrigo de la Carrera mi hermano, que le he criado desde pequeño, y sus hijos, y descendientes legitimos, è legitimados por subsiguiente matrimonio; y no en otra manera, precediendo el mayor al menor, y el varon à la hembra, aunque sea mayor, y la linea del vltimo posseedor à las otras lineas.*

Nu.24. Y aunque despues dize que se aya de casar cõ persona del linage de Antona Garcia, esto no haze cõdicional el llamamiento, y solo mira à resoluerle, en caso de contrauencion, priuando de la sucesion quien contrauiniere este precepto: porque diuerso es llamar al sucessor con calidad de que se case, poniendo este precepto en el mismo llamamiento, ò llamarle puramente, y despues en clausula diuersa grauarle que se case con persona de alguna familia, nam primo casu, es condicional el llamamiento, y tiene obligacion para suceder, cumplir la condiciõ casandose, *l. legata sub conditione, ff. de condit. & demonst. l. cedere diẽ, ff. de verb. signi. Paris. d. cõs. 17. n. 20.*

Nu.25. En el segundo caso, etiam sin casare entra à suceder en el mayorazgo, porque el llamamiento fue puro, y el grauamen impuesto despues no califica, ni le haze condicional, vti considerat Cæphal. supra numer. 33. ibi: *Sed iste non est casus noster, & aliud est, quod fœminæ simpliciter vocentur posteà apponatur clausula, ita tamen quod tales fœminæ ad successionem venientes non possint, nec debeant maritari, nisi in personas fidas, quoniam hæc clausula non facit vocationem conditionalem, & qualificatam ad effectum succedendi, sed mulieres grauat, quod si sequuta successione volunt nubere teneantur nubere fido, & grato, & cum domini directi*

recti consensu aliquin fiendo prohibentur, y en el num. 34. para comprouacion desto refiere algunos exemplos.

Ni importa la clausula referida supra num. 2 adonde dize: Las quales condiciones quiero que tengan fuerça de propias condiciones, porque desde agora declaro que no llamo, ni he por llamados, sino tan solamente à los que las guardaren, y à los que no lo hizieren les he por no llamados, y exclusos de la sucession deste mayorazgo. Nu. 26.

Porque supuesto esta clausula, despues de estar hecho el llamamiento, pura y absolutamente, & ita solo mira à resoluer la sucession, pero no a calificarla y hazerla condicional, quando vemos que el fundador llama à Iuan de la Carrera, sin tener edad de poderse casar, ibi: *E que el dicho Iuan de la Carrera se aya de casar, y case en teniendo edad*, y que tambien llama à sus hijos y descendientes regularmente. Nu. 27.

Y en este caso no se puede dudar, que si el fundador muriera luego, que Iuan de la Carrera auia de suceder, por estar llamado despues de sus dias, sin casarse, no teniendo edad, como no la tenia, y si despues de casado, segun el precepto del fundador muriera, dexando vn hijo, ò mas, pequeños, sucediera el mayor indubitablemente, y cumplirà con casarse segun el dicho precepto en teniendo edad legitima, porque quando el precepto contiene cosa que se ha de cumplir in futurum, aunque le llame el fundador condicion, no lo es, pues no suspende la disposicion para el cumplimiento de ella, secundum *Bart. in l. quibus diebus, §. Termilius, ff. de condit. & demonst.* per textum *in l. mevia, ff. de manumissis testamento, l. Caius, ff. de manu.* quas aduertit *Molin. lib. 2. cap. 12. num. 5.* Nu. 28.

Qui licet n. 5. dicat, q̃ quando el fundador quiso que el grauamen se cumpla antes de suceder, induze propia, y verdadera condicion: Esto no lo dixo a- Nu. 29.

qui el Canonigo, antes euidentemente consta auer querido que se cumpla la condiciõ despues de auer sucedido, quando pone este grauamen absolutamẽte à todos los sucessores en quien no es posible cũplirse antes de suceder.

Nu.30. Et tunc, el señor *Molina*, dize, q̃ el llamamiento es puro, aũq̃ se resuelue sub conditione, si quidem, en defecto de no cumplir se ha por no llamado, & quãdo conditio apponitur non ad validitatem, sed ad resolutionem, se juzga la disposicion como pura, *l. 1 ff. de donationibus, gloss. in l. 2. per illum textum, ff. de in diem adiectione, Iaß. in l. pecuniam, vltimo notabili, ff. si certum petatur, vbi Socin. colu. 1. Cephal. dict. cons. 133. num. 35.*

Y el auerse puesto nominatim el grauamen à Iuã de la Carrera, fue respecto que por el testamento

Nu.31. quedaua llamado absolute, para succeder despues de los dias del fundador, & sic se le puso como à actual sucessor, y no suspendiendo la sucesion quãdo le obliga a que se case en teniendo edad, como supr. queda aduertido.

Lo que despues se vario por el codicillo, en que haze à su hermano posseedor deste mayorazgo por

Nu.32. los dias de su vida, suspendiendo al dicho Iuan de la Carrera el gozar de los bienes, hasta despues de la muerte de su padre, y asi en aquel medio tiempo en que no le dio nada, no pudo grauarle, *dict. l. ab eo, C. de fideicomis.*

Vndè, quando llegò à suceder no pudo cumplir el precepto, por hallarse casado en tiempo legitimo

Nu.33. & consequenter, no pierde la sucesion, *Cephal. dict. consil. 133. nu. 33.* y bastara que despues, casandose segunda vez, por morir la primera muger, se case con persona del dicho linage, vt ipse *Cephal.* singulariter dicit, ibi: *Qualitas ergo illa prohibitiua habita in dict. clausula (ita tamen) solum verificatur in mulieribus, quæ vellent nuuere, & non comprehẽdit iam nuptas, vel etiam eam*

poßet

possit comprehendere si rursus illis nubere contingeret, & sic hoc pacto verificatur prohibitio in omnibus mulieribus copulandis, vel copulatis, idem tenet *Molin. supra numer. 16.*

El auerse casado segunda vez con muger de diferente linage, no induze contrauencion, porque primero requirio en la ciudad de Toro, y lugares de la comarca, à las del linage de Antona Garcia, y a sus padres, para que si querian darle alguna de sus hijas se casaria con ella, y todos le respondieron que no, con que (quando tuuiera obligacion à casarse de segundo matrimonio conforme el precepto del fundador, auia cumplido bastantemente, y el defecto desta condicion no se le podia imputar.

Quia conditio mixta depēdens à facto tertij habetur pro impleta si requisitus ille nollit nubere *L. 1. C. de institutionibus, & substit.* ibi: *Atillia filia recusante matrimonium impeditum sit*, vbi *Bart. Bald. Paul. & Alexand.* cum alijs relatis à *Molin. dict. lib. 2 cap. 13 num. 14. Acosta in l. cum tale, §. si arbitratu, 6 limitatione, num. 28. ff. de condit. & demonst. Mantica de coniecturis, vltimarum volunt lib. 11. titu. 18. num. 37. Castillo lib. 6. cap. 126.* Nu.

Sin que estorue dezir, que quandose hizieron los requerimientos estaua tratado de casarse con doña Maria del Barrio su segunda muger, y que fueron simulados, y fingidos (estando ya hechas las capitulaciones. Nu. 36.

Porque desto no resulta materia de colusion, sino querer cumplir con la voluntad del fundador, lo que se haze claro, y euidente, por la prouança de vna y otra parte, quando los testigos conuienen, que estandose tratando el segundo matrimonio, los parientes de la dicha doña Maria del Barrio repararó en la condicion del mayorazgo, que le perdia no casandose con muger del linage de Antona Garcia, y assi ordenaron hiziesse los dichos requirimientos, Nu. 37

para

para cumplir con el efecto de la dicha condicion, casandose con muger del dicho linage, y no la auiendo efectuar el dicho matrimonio, que fue consejo prudente, pues el matrimonio se hazia con el dicho Iuan de la Carrera viudo, y con vna hija, respecto del dicho mayorazgo, siendo la dicha doña Maria del Barrio muger principal, hijadalgo, que de otra suerte no se casara con el, como todo està bastantemente prouado.

Nu.38. Ita, que el dicho Iuan de la Carrera cumplio con los dichos requirimientos, y no tuuo obligacion à hazerlos judicialmente, vt in terminis tenet *Molin. dict. cap. 14. num. 14.* ibi: *Ideoque is qui ex maioratus institutoris præcepto aliquam mulierem accipere astrictus est solet requirere illam, vt cum illo contrahat illa autem id facere recusanti libere cum qua voluerit absque pœna priuationis maioratus contrahere poterit*, y en el *nu. 15.* dize, que sino se dexasse requerir, y se ocultasse, constando de esto ha cumplido el posseedor, y puede casarse con quien quisiere.

Nu.39. Y si toda via se instare, que es propia y verdadera condicion, ac per consequens, que se ha de cumplir para suceder en este mayorazgo, porque no està llamado sino es quien la cumple, vt in clausula de qua supra num 2. no mejora por esto su pretension el dicho Iuan Morales de Vrrea, no auiendo cumplido de su parte el dicho precepto, y casadose con muger de otra familia, con que faltò la condicion, y dexa de ser llamado, ibi: *Porque desde agora declaro que no llamo, ni he por llamados, sino tan solamente à los que las guardaren, y à los que no lo hizieren los he por no llamados è preteridos, y exclusos de la sucession deste mayorazgo.*

Nu.40. Y assi le damos à escoger, como quiere que se entienda este precepto, y en qualquier caso que elija se halla excluso, porque se dize que es modal, ex eo, que primero se entra à suceder que se aya de cumplir, sin estar suspendido el efecto de la sucession, que es el

elmas propio, y natural de la condicion suspenderla hasta que se cumpla, secundum *Molinam d. c. lib. 2. cap. 12 num. 3. & 4.*

Tùm, hallandose casado al tiempo de la sucessiõ Iuan de la Carrera, y no pudiendo cumplirle, deue ser excluso del mayorazgo, ex *Cephal. dict. consil. 133. a num. 30.* cum sequentibus, & adhuc, tiene el mismo defecto, quando por auerse casado con muger de otra familia no le puede cumplir. Nu. [illegible]

Y si dize que obra en fuerça de condicion, porque lo quiso assi el fundador, *ex Molin. d. cap. 12 n. 17. & 18.* deue para suceder mostrar como ha cumplido la condicion, casandose con muger del linage de Antona Garcia, pues solo estan llamados los que assi lo hizieren, y exclusos de la sucession los que en otra forma se casaren, *l. si quidem, & ibi gloss. C. de exceptionibus, Bart. in l. Aurelius, § idem quæsit ff. de liberatione legata, idem Bart. in l. si non ignorat, C. qui accusare non possunt,* & ibi, *Bald. gloss. ellegans, in cap. [illegible] 33. quæst. 5.* dicens, dispositionem nihil operari, quãdo qualitas in ea requisita non fuit probata, & verificata, *Felin* plura adducens, *in cap. ex parte, numer. 38. de rescriptis, Paul. Paris.* in terminis terminãtibus *dict. consil. 17 n. 28.* hablando en terminos de condiciõ de casar en cierta forma, y se resuelue no deuerse admitir in fœudi successione, quien se hallò casado contra el precepto del señor al tiempo de la sucession. Nu. [illegible]

Y no pudiendo mostrar el dicho Iuan Morales de Vrrea auerse casado con muger del linaje de Antona Garcia, no puede succeder, pues solo estan llamados los que casaren en el dicho linaje, ita *Cephalus, & Parisius* locis supracitatis.

Ni puede oponer al dicho Iuan de la Carrera este defecto, tunc, porque es derecho de tercero, *l. loci corpus, §. competit ff. si seruitus vendicetur, Tesau decis. 4.* Tum etiam, porque siendo reo, y posseedor le basta dezir de te non loquitur substitutio, pues siendo li- Nu.43

D mi-

mitada la diſpoſicion para los que ſe caſaren en el dicho linaje, no comprehende à otros, *l. in agris, ff. de acquirendo rerum dominio, l. cancelaberat, ff. de his quæ in teſtamento delentur, Pariſius ſup. num. 27.*

Nu.44. Mayormente, que el derecho del actor no ſe juſtifica con la injuſta poſſeſsion del reo, cuyo defecto no ſe atiende quãdo el actor no prueua ſu derecho, text. ellegans *in l. fin. C. de rei vindicat.* vbi dicit *Bald.* non curari de iure poſſeſſoris, ſi non conſtat de iure actoris, porque ſuccede, y ha lugar la regla ordinaria, actore non prouante reus abſolui debet, & ſi nihil præſtiterit, *l. actor quod aſſeberat de probat.* & facit *text. in l. 1.* cum lege ſequenti, *ff. ſi pars h æreditatis petatur.*

Et ita, ſi Iuan de la Carrera fuera viuo, auia de ſer abſuelto preciſamente, y mucho mejor ſu hijo, que

Nu.45. ſe halla capaz de cumplir la volũtad del fundador, caſandoſe en tiniendo edad con perſona de la dicha familia.

Segundo articulo, ſobre la reſtitucion.

Quando vero, el dicho Iuan Morales de Vrrea fueſſe inhabil para cumplir con el precepto del fundador,

Nu.46. & re vera, le huuiera cumplido, y la contrauencion de Iuan de la Carrera fuera cierta, ſin embargo ningun derecho tenia, ni tiene à la ſuceſsion deſte mayorazgo, porque al dicho Iuan de la Carrera, y à ſu hijo Garcia de la Carrera les compete el beneficio de reſtituoion que tienen intentado, eſpecialmente pudiendo, como puede el dicho Garcia de la Carrera cumplir formalmente con el dicho precepto, caſandoſe con muger de la familia de Antona Garcia.

Porque

Porque aunque est minus controuersum inter DD. si minori contrauenienti precepto testatoris, sub pœna contrauentionis concedatur restitutio in integrum aduersus pœnam incausam, vt eruditè tradunt *Aretin. consil.51. num. 8 Cephal. consil. 316. numer. 3. lib. 3. Mauritius tractat. de in integrum restitutione, quæst. 116 in principio, num. 1. Mieres de maioratu, 2. par. quæst. 4. illat. 6. nu 112. Cald. Pereyra, in l. si curatorem habens, verb. vel aduersari dolo, num. 19. C. de in integrum restitutione, Molino de riptu nuptiarum, lib. 3. cap. 29. num. 5. Castill. late lib. 6. cap.* 127. per totum. Nu. 47.

In quo tamen vera resolutio est, que si de parte del menor huuo dolo, porque sabiendo el precepto que le era impuesto (teniendo noticia de la disposicion) se casò con muger de otra familia dolosamente, siendo la cōdicion de su naturaleza no reiterable, pierde la sucessiō del mayorazgo, y passa en el siguiente sucessor, y no le aprouecha el beneficio de restitucion, cum aduersus dolum, & delictum minime conceditur, *l. auxilium, ff. de de minoribus, Parisius consil. 19 num. 83 & 141. lib. 2. Caldas Pereyra dict. l. si curatorem habens, verb. vel aduersari dolo, num. 78. in princip.* Nu 48

Pero si faltò dolo, y el menor tuuo causa legitima para dexar de cumplir el precepto del fundador, y casarse con muger de otra familia, tunc restitutio concedenda est, aunque la condicion sea tal que no se pueda reiterar, ni jamas boluerse a cumplir, eleganter *Aretin. dict. consil. 67. ex num. 5.* donde auiendo propuesto la questiō. si à la muger a quien se puso precepto de casar con varon de tal familia, le compete restitucion, por auerse casado con el que era de otra, resuelue concederse el dicho beneficio sino tuuo dolo, y en duda no deuerse presumir, idem tenet *Bald. in l. pupillorum ad finem, C. de repudianda hæreditate.* Nu 49.

Cephalo dict. consil. 316. num. 24. & 25. & 46. tiene la misma opinion, distinguiendo entre la negligencia del menor causada sin dolo, y malicia, solo para la facilidad Nu. 50.

de la

de la edad, ò la que se causa por malicia y dolo, y en el primer caso concede restitucion, y no en el segundo, *Carolus Ruin.consil. 199.lib. 1.num.5. Castrens consil. 42.* per totam, *lib. 2. Sfortia Oddus, de in integrum restitutione, 2. part. quæst. 82. artic. 6. Ludouic. Morosius, respon 97. ex 23. Castillo* hos, & alios referens *dict. cap. 127. à nu. 26.* cum sequentibus.

Nu.51. Et ita, no prouandose por Iuan Morales de Vrrea, q̃ Iuan de la Carrera se casò dolosamente con muger de otra familia, sabiendo la disposicion del fundador, como es necessario, pues en duda no se presume, y quien se funda en el le ha de prouar, verè, & non præsumptiuè, prouando formalmente que tuuo noticia de la disposicion, *Surd. consil. 7. num. 39. & decis. 288. num. 48. & decis. 248. num. 8.* & in terminis *Cephal. dict. consil. 356. num. 21. Moritius dict. respon. 97. n. 28. Menoch. cons. 1011. n. 4* & sequent. no puede excluyr la dicha restitucion.

Nu.52. Y tan lexos està de auerse prouado dolo en el dicho Iuan de la Carrera, que consta con euidencia tuuo justa ignorancia de la disposicion del fundador quando se casò. Tum, porque era de muy pequeña edad, pues el fundador en su testamento, que otorgò el año de 601. dize, que teniendo edad para casarse, lo aya de hazer con muger del linage de Antona Garcia (siendo edad legitima en el varon la de catorze años) vt sunt iura vulgaria, se conuence no los tenia entonces.

Nu.53. Inde est, que pues consta auerse casado el año de 602. no poderse dar en el dolo, pues apenas tenia diez y seys años, ut in simili tenet *Morotius dict. respons. 97. num. 28.* dicens: *Ista filia que tempore testamenti erat pupilla, & nunc pubes effecta annorum duodecim allegat ignorantiam testamenti patris, & contemptorum in eo, quæ quidem ignorantia in filio minore præsumitur, quidquid sit in alijs, vt sensit Bald. consi 440. col. 3. lib. 3. & sequitur Crauet. in dict. cons. 193. num. 6. sed præsuposita ignorantia voluntatis testatoris, & quod testamentum non fuerat ei publicatum, & notificatum, non potuit ipsa paternæ dispositionis ignora in*

pœnam

pœnam incidere contrauiniendo eius voluntati, Bald. consil 427. num. 54. ex quibus meritò putaui in fauorem ipsius pue le esse respondendum.

Y lo mismo tiene *Menoch. d. cons 1311. n. 6.* ibi: *Attamen excusari omnino debet propterea, quod erat tunc ætatis annorum 16 sub cura agnatorum, & ignorauat probabiliter dispositionem testatoris patris sui, quod esset ætate minor, & sub cura pro constanti in facto præsumitur, quod verò patris dispositionem ignoraret iuris præsumptione probatur, nam filius filia ve præsumitur ignorare patrem testamentum confecisse, & multo magis disposita in ipso testamẽto, l. verius, ff. de probationibus, l. qui in alterius, de regulis iuris, & ibi scribunt Decius, Cagnolus, & reliqui, & in claris terminis nostris sic respondi consil. 425. num. 15. & 16. lib. 3. & in consil. 15. numer. 2. porro ignorantiam excusare hæredem si non paruit mandato testatoris certum est, l. si in diem, §. de condit. & demonst l. statu liberes, §. si quis hæredi, ff. de statu liberis, l. si hæreditas in princip. C. eodem titul. & scribunt Bart. Bald. & reliqui, in l. 1. C. de his qui pœna nomina, & alios refert, & sequitur Tiraquel. in tract. de retractu consanguin. §. 31. gloss. 4 nu. 2. & in claris his nostris terminis sic respondit Plotus consil. 15. num. 2. & ego in consil. 425. num. 14.* Nu. 54.

Quinimò, quando se prouara auer tenido noticia de la disposicion, no bastara para excluyrle del beneficio de la restitucion, cum scientia in minore præcisè dolum non arguat, vt singulariter tenet *Surd. decis 210. num. 21.* & sequent. qui *num. 18* inquit. *Secundo sciendum est dolum verum non resultare ex eo, quod sciat quis se teneri ad aliquid faciendum dandum, aut præstandum, & negligat vel omitat id facere, quia esse potest, quod id faciat non fraudandi, aut decipiendi animo, sed ex alia causa, vt est text. in l. nouissime, § non semper, ff. quod falso tutore, authore, l. si procuratore, §. dolo. ff. mandati, Alexand. dict. consil. 103. n. 20. alios citat Riminald. consil 43. n. 46 & in minore, quod ad constituendum cum in dolo vero non sufficiat probare, quod fuerit prudens, & sciens est text. in l. penulti-* Nu 55.

ma, C. de restitatione in integrum, per quem ita dixit Michael, in patrocinio 28, num. 10. & 11. sequitur Sfortia Oddus, dict. quæst. 84 num. 4. & in quæst. 83 num. 6. vbi ait minorem non esse in dolo vero si non restituit, quod scit se debe e, quia & si facile credendum sit, quod per fraudem, & ex animo id faciat tamen, quia potest & aliter esse, nec ita sequitur necessario dicimus dolum esse præsumptum, & non verum, & in minore quoque loquitur Alexand. in loco præalegato.

Nu. 56. Este lugar es singular, y en términos propios de este pleyto, pues quando dieramos caso que Iuan de la Carrera auia tenido noticia de la disposicion de su tio quando se casò de primer matrimonio (quod negamus) no por esso se sigue auerse casado dolosamente, ni dexado de cumplir el precepto (à el impuesto) menospreciando la voluntad del fundador, pues pudo t tener otras razones que le obligassen a ello, como se dirà luego.

Nu. 57. Y *Castillo* dize *dict. lib. 6. cap. 127. nume 57. versic. ego vero*, deuerse atender mucho a la edad que tenia el menor quando contrauino, y la causa que tuuo para hazerlo, ibi: *Ego vero in his terminis considerandum arbitror cuius ætatis minor contraueniens fuerit, & an dolose atq; ex proposito, vt præceptũ testatoris seu maioratus institutoris cõtẽnere alienauerit, siue cõtrauenerit, an etiã scientiã, & notitiã dispositionis habuerit, nec ne & se moto dolo, atq; cõtẽptu, qui indubio non præsumitur (sed magis facultas, & libitas) adhuc videri in integrũ restitutionẽ ei denegandã nõ esse, idque ex his iuribus, & rationibus, quas supra ex num. 4. cum sequentibus adduxi, & quia in dubio minor restitui debet, nec restitutionis beneficium censetur exclusum prout etiam probaui supra.*

Nu. 58. Lo que todo concurre en este caso, quando Iuan de la Carrera no tenia al tiempo que se casò cõ Maria Carrasco su primera muger, poco mas de diez y seys años, como ya queda aduertido sup num. 54, & 55. ni en el se pudo considerar dolo, vero, ni presũmpto, no siendo actual posseedor deste mayorazgo, entonces por viuir Rodri-

go

go de la Carrera su padre, que por sus dias gozaua los bienes del, y se hallaua tan pobre y desechado de su padre, que por su recia condicion, y aspereza, andaua fuera de su casa, que para remediarse, y tener algo cō que passar, le fue forçoso casarse con la dicha Maria Carrasco, como està bastantemente prouado con mucho numero de testigos. Y assi cessando en Iuan de la Carrera dolo, quando constara auer tenido sciencia de la disposicion de su tio, no se le deuia denegar el beneficio de restitucion.

Mayormente, que no ay prouança concluyente que supiesse, ni tuuiesse noticia del precepto de casarse con muger de la familia de Antona Garcia, y la parte contraria q̄ se funda en ella, lo ha de prouar, cum potius ignorantia quam scientia præsumatur, *l. verius de probationibus*, vt expressè tenent *Morotius, Menoch. Surd. & Castillo*, in locis sup. citatis. Nu. 59.

Ni lo que dizen los testigos de Iuan Morales de Vrrea cerca desto, nempè (que se hallò presente al tiempo de la fundacion el dicho Iuan de la Carrera) conuence auerla tenido, quando vemos que era menor de catorze años, en quien no se da entendimiēto bastante, para percibir, ni entender lo que le està bien, ò mal, y que despues anduuo fuera de casa de su padre, sin que le quisiessen recoger, ni amparar todo el tiempo que viuio el susodicho tan pobre, que no hallara, quando quisiera, muger del dicho linage con quien casar, pues por la libertad que tienen de essempcion de pechos, y alcaualas, ordinariamēte las buscan hōbres muy ricos, y esto se conoce claramente, siquidem, estando viudo, y heredado el mayorazgo no hallò en el dicho linage quien se casasse con el, aunque hizo muchas diligencias en la ciudad de Toro, y lugares de su comarca, como queda aduertido sup. num 34. & sequentib. Nu. 60.

Ex quibus fit indubitatum, que Iuan de la Carrera no supo de la disposicion y precepto de casar quando se casò de primer matrimonio, ni en el huuo dolo, ni causa Nu. 61.

de

de menosprecio, y que la razon de hazerlo fue no ser actual sucessor, y hallarse tan pobre que no pudiera casar con muger del dicho linage, & consequenter, auerse concedido justamente la restitucion por el pedida.

Y quando no la huuiera pedido, ni se le huuiera dado à Garcia de la Carrera su hijo se le deuia dar, estando, co-
Nu.62. mo està capaz de cumplir con este precepto, pues entrãbos han sido, y son menores, y estan en tiẽpo que se puede conceder, nam successor minoris potest aduersu conditionem, vel modum non impletum petere restitutionem, secundum *Mathaeum de Afflictis, decis. 310.* quem citat *Hieron. Gabriel consi. 5. nu. 21.* & vtrumque *Mieres dict. quaest. 4. illat 8. num.* 167. qui pro hoc adducit *textum in l. Titia cum testamento, §. si ea conditione, ff. de legatis 2.*

Nu.63. Pues seria cosa injusta quedasse el dicho Garcia de la Carrera excluso de la sucession deste mayorazgo por la ignorancia, y facilidad de su padre, que como hombre pobre, y desechado del suyo (que no le quiso tener en casa, y alimentarle) se casò, no por desfraudar la voluntad del fundador, sino por remediar en parte su necessidad, argument. *text. in dict. l. Titia, cum testamento, §. si ea cõditione*, ibi: *Iniquum est cum sit in culpatus fideicommissi emolumento carere, l. Iulianus, §. fin. ff. ex quibus causis maiores, Ruin. consil. 109. volum. 1. Sfortia Oddus dict. quaest. 82. art. 6. num. 59. Mieres dict. 1. part. quaest. 41. illatione 8 num. 161.*

Et ita, pudiendo el dicho Garcia de la Carrera cum-
Nu.64. plir con este precepto, es justo concederse la restitucion, pues se concediera à su padre, si siendo menor (por estar viudo) quisiera casarse segunda vez, como lo pretendio hazer antes de casarse con doña Maria del Barrio, madre del dicho Garcia, y la sucession de Garcia es mas adaptable à la voluntad del fundador que la de Iuan Morales de Vrrea, por auer contrauenido su voluntad, y no poder cumplir con este precepto, vt in Articulo fin. latius dicetur.

Tercer

Tercer Articulo, del derecho de Garcia.

¶ Llano es que Iuan de la Carrera es llamado en primer lugar à la sucessiõ deste mayorazgo, y sus hijos, y descendientes legitimos, y en caso de contrauencion, y de muerte, Rodrigo de la Carrera, hermano del fundador, y padre natural del susodicho, y los hijos, y descendientes naturales, ò bastardos que tuuiere, ibi: *Y faltando la descendiencia legitima de varon, y hembra, del dicho mi sobrino, suceda Rodrigo de la Carrera mi hermano, y sus descendientes naturales, o bastardos, que en quanto a el solo ansi lo quiero, y mando.* Nu 65.

☞ Conforme este llamamiento cierto es, que si Iuan de la Carrera, por auerse casado la primera vez perdio la sucessiõ deste mayorazgo, se adquirio por la disposiciõ del testamento à Rodrigo de la Carrera, substituydo en caso de muerte, y contrauencion, y que en el se radicò la sucessiõ legitimamente. Nu 66.

De que se sigue, que los descendientes de Rodrigo naturales, ò bastardos, tienen llamamiento con prelacion à los otros hijos, y descendientes de las hermanas del fundador, que estã llamados en tercer lugar, *l. 1. § defertur, ff. de bonorum possessione, secundum tabulas, Castrensis cons. 154. vol. 2 num 4. & 5. Molin. lib. 3 cap. 6. nu. 30.* Nu 67

Y hasta que se acaben estos descendientes, no puedẽ suceder los de otra linea, *cap. 1. de natura successione feudi, Bald. in l. cum antiquioribus, C. de iure deliberandi, numer. 11. versic. 9. quia primogenitus, Molin d. lib. 3. cap. 4. num. 14. & dict. cap. 6. num 30.* Nu 68.

Et ita, por muerte de Rodrigo sucedio sin controuersia la hija de Iuan de la Carrera que del primer matrimonio le quedò, por no ser entonces nacido el dicho Garcia, como descendiente natural del susodicho, y des- Nu 69.

pues

pues della sucedio el dicho Garcia, que tiene llamamiẽto, asi en el de su padre, como en el de su abuelo.

Nu.70. Sin que le pueda hazer estoruo la contrauencion de su padre, de auerse casado la primera vez contra el precepto del fundador, porque en su llamamiento le tienẽ todos sus descendientes, aunque ayan nacido despues de la contrauencion, *Roman.consil.134.in 4.dubio,num.5. Paris.cons.71.lib.4.Socin.Iun.cons.172. nu 24. lib.2.Ruin. consi.22.volumin.2.numer.9.versic.sed istis non obstantibus, Molin.dict.lib.3.cap.10.num. 45. Peregrin.consil.161. num.5.volumi.5.* Y asi quando no como descendiente de Rodrigo, como hijo del dicho Iuã de la Carrera auia de suceder.

Nu.71. Y la replica que se haze, de que quando murio Rodrigo de la Carrera, y la hija de Iuan primer llamado, no era nacido el dicho Garcia, ac ideò, la sucessión no pudo estar impendenti, *l.fin.ff.communia prædiorum*, y passò por ministerio de la ley ipso iure en el siguiẽte succes sor, *ex l.45.Tauri*, vbi per scribentes, y hallandose Iuan Morales de Vrrea pariente mas cercano del fundador, como hijo de su hermana, en el se radicò la succession que no pudo despues quitarsele, por la superueniencia del dicho Garcia, *l. videamus, ff. quod metus causa*, ibi: *Sufficit enim semel peruenisse ad proximum hæredem, & perpetua actio esse capit, Iasson consil 220.num. 13.volum. 2.gloß.in l.7.verb.peruenire, versic.sed non est alia, C.de secundis nuptijs*, vbi notat in perpetuum ab alijs discedere, quod ad vnum peruenit alioquim crebra, vel quasi ludibriosa fieret talis successiones creatio, & frequenter tã nasceretur, quam desineret, contra textum *in l.fin. §.sin autem, C.de curatore furiosi, Mieres de maioratu, 2.parte, quæst.6.num.24. Alexand.consil.13.num.4.& 5.vol.4.Socin.consil.152.num.47.vol.1.Hieron.Torniel in quæst.ad legem Gallus, num.47.& 48.de liber.& posthum.*

Sed hoc absque vllo fundamento dictum putamus.

Nu.72. Lo vno, porque (dato, & non concesso) que Iuã de la Carrera perdiesse la sucession deste mayorazgo por el casamiento

miento que contraxo con Maria Carrasco su primera muger, auia de passar en el siguiente sucessor capaz de poder cumplir la condicion, y grauamen del llamamiento, pues solo estan llamados los que le cumplieren, y no los demas, como de las palabras referidas sup. nu. 2. claramente consta.

Lo que no pudo cumplir el dicho Iuan Morales de Vera, por auerse casado el mismo año que murio Rodrigo de la Carrera, teniendo noticia de la fundacion, y precepto, de casar con muger del linage de Antona Garcia, quando està prouado bastantemente, que con el testamento anduuo consultando Abogados, sobre si Iuan de la Carrera auia perdido la sucession por el dicho casamiento, y assi no siendo inmediato sucessor, ni capaz de poder suceder, no puede oponer al dicho Garcia, que no era nacido quando murio el dicho Rodrigo su abuelo, no estando en el la sucession, como verdaramente no lo està, que es derecho de tercero, vt iam supra dictum est. Nu. 73.

Y à qualquiera que viniera pidiendo la sucession, le hiziera estoruo el dicho Garcia, porque la substitucion en caso de contrauencion se entiende, si el que contrauiene muere sin hijos, porque teniendolos excluyen al substituto, y suceden en el mayorazgo, como sucediera su padre sino huuiera contrauenido, vt elegantet tenet in terminis *Tello Fernandez in l. 41. Tauri, num. 9.* ibi: *Tamen quando substitutum fuit vocatus in vita granati non ex eo, quod absolutè donator voluerit, quod in vita excluderetur, sed ex eo, quia melioratus fecit actum contrarium dispositioni donatoris, hoc casu substitutus excluditur nō solum per descendentes viuos, sed etiam & si nati non fuerint, & posteà nascantur,* idem tenet *Peregrin art. 22 num. 74.* ibi: *Proclibius erit proferre prælationem descendentium, ex filiabus, nec dum in casu a testatore expresso, cum stant tempore casus fideicommissi sed etiam cum tunc non stant, sed posteà super nascuntur, quia ex dispositis plane constat sic disposuisse si interrogatus fuisset:* que son determinaciones Nu. 74.

forma-

formales en fauor de Garcia, pues aunque no era nacido quando se casò su padre, esta cóprehendido en su llamamiento, y mejor en el de su abuelo, cuyos descendiẽtes naturales, y bastardos estan llamados con atẽcion, de que Iuan de la Carrera era hijo natural del dicho Rodrigo, y por esso dispensò con el, que ni se huuiesse de casar, ni los descendientes fuessen legitimos, como en los demas sucessores expressamente lo quiso.

Nu.75. Lo otro, porque la priuacion se puso despues de adquirido el mayorazgo, como supra se ha aduertido, pues llama à Iuan de la Carrera à la sucesion, y le graua, que teniendo edad se case en la forma referida, y no suspende la sucesion en los demas sucessores, para quando se ayan de casar, y en este caso la pena y exclusiõ no obra, ipso iure, vt ex vulgari regula qui semel est hęres, tenet *Bar. in l. pater familias, num. 6. ff. de hæred. instit.* vbi si testator aliquem instituit hæredem, & cum priuat sua hæreditate si vxorem molestauat in suis relictis, inquit exhęredationem, & priuationem hanc, vt ex iusta causa valere, *l. vxorem, §. heres, de leg. 3.* dicit tamen, quod non priuatur hæreditate ipso iure, sed per fideicommissum tenebitur hęreditatem restituere, sequũtur plures relati *à Peregr. d. articul. 11. num. 128.*

Nu.76. Cum ergo priuatio non fiat ipso iure, sed per restitutionem fideicommissi, no puede Iuan Morales de Vrrea, ni otro pariente del fundador dezir, que la sucesion passò en el ipso iure, y que desde que se casò contra la voluntad del fundador es posseedor deste mayorazgo. Quinimo, el dicho Garcia luego que nacio como inmediato successor de su abuelo, pudo pedir se le restituyessen los bienes deste mayorazgo por la contrauencion de su padre, pues entonces, y hasta que murio los posseyò, y no quedò priuado ipso iure dellos, hasta ser condenado por sentencia.

Nu.77. Y assi pudo muy bien saliendo al pleyto pretender que la restitucion se auia de hazer à el, porque quan-

quando la priuacion se huuiesse contrayendo ipso iure, que no hizo, es necessario que aya declaracion, y en el interim la possession està en el que contrauino: quia licet dominium possit transire, sine possessione quando fit ipso iure, vt in *l. commissa*, vbi *gloss. & Bart. ff. de publica. & veg. l. Imperatores, ff. de iure fisci*, possessio tamen non transit, nisi fuerit aprehensa, *glos. in l. cum duobus, §. idem respondit socius, ff. pro socio, Tiraquel. in l. si vnquam, verbo, reuertatur, nu. 389. Boerius decis. 277. nu. 10.* quia in hoc casu non habet locum, *decisio legis 45. Taur.* vt optime resoluit *Mieres 3. part quaest. 23. nu. 161.*

Et ita, auiendo nacido antes que à su padre le fuesse quitada la possession (que esto no pudo ser quando tuuo sentencia en su fauor) ha de preferir à otro qualquier pariente del fundador, como decendiente de Rodrigo, y del dicho Iuan de la Carrera, por ser de mejor linea, y mas amada, *Paul. Castrensi. consil. 24. in causa quae vertitur, nu. 8. & 9. lib. 1.* quem sequitur *Mol. d. lib. 3. cap. 10. nu. 45. Pater Molin.* plures referens, *de iustitia, & iure, disputat. 634. tom. 3. versi. quando delatio maioratus*, que dize procede esto, quando el fundador dexò de dezir que no sea necessaria sentencia para la priuacion, sequitur nouissime *Castill. lib. 5. cap. 91. à nu. 40.* & precipuè *nu. 54.* Nu. 78.

Donde dize, que si en pena del posseedor se puso la exclusion en caso de contrauencion, y solo se dixo que no cumpliendo pierda la sucession del mayorazgo, pero no añadiò que perdiesse ipso iure el dominio de los bienes, y que passasse en el siguiente en grado sin esperar sentencia, tunc cum ipso *Patre Molina* teneo, que el hijo que nace antes de la sentencia prefiere al pariente que se hallò mas cercano al tiempo de la contrauencion, porque ni el dominio, ni la possession no la pierde el posseedor, hasta que por sentencia se declara auer contauenido, y hallandose entonces nacido hijo del que cõtrauino, y nieto del Nu. 79.

 vlti-

vltimo poſſeedor, el, y no otro ha de ſer admitido, que es determinacion formal deſte punto, quando el fundador no dixo que caſandoſe contra el precepto pierda la ſucceſsion, ſin eſperar ſentencia, ni otra declaracion, y en eſtos terminos no obra el miniſterio, y beneficio de la ley, vt ipſe optime aduertit dicens diuerſum eſſe in caſu vero mortis, quam in caſu filio contrauentionis, & *num. 55.* tenet equitatem *Luduuici Molinæ*, vt admitatur filius natus poſt contrauentionem ante vero ſententiam.

Nu.80. Porque quando el fundador diga, que por el miſmo hecho de no cumplir con el precepto paſſe la ſuceſsion en el ſiguiente en grado, eſto es en pena de la inobediencia, que nõ incurritur ante ſententiam, *l. ſi qua pena 142. ff. de verborum ſignificat. l. poſt contractũ, ff. de dona. lex iuditiorum, ff. de acuſa. l. ſi pena 20. ff. de pœnis, Bartul. in l. ff. de iure fiſci, Barboſa in l. diuortio, §. ſi vir, num. 54. ff ſoluto matrimonio*, qui intelligit *legem Imperatores de iure fiſci*, dum dicit, quod deliquens videtur, ſe pœnę ſubdidiſſe poſtquam ad eam fuerit cõdemnatus. Vnde, ſi para incurrir en eſta pena es neceſſaria ſentencia, y antes della Garcia de la Carrera fue nacido, bien ſe dize ſiguiente en grado de la linea en que eſtà la ſucceſsion, y conſiguientemente deue excluyr à todos los de otras lineas, & præcipuè, al dicho Iuan Morales que no tiene por ſi la voluntad del fundador, ſino expreſſa excluſion.

Nu.81. Ni importara ſi ſe replicare que la ſentencia, reſpecto de la pena es declaratoria, *l. 1. §. 1. ff. ad Turpilia.* y como declaratoria ſe tiene de retrotraer al tiempo de la contrauencion, como ſi entonces ſe diera, *l. hæredes pallam, §. 1. ff. de teſtam. Roland. conſil. 77. nu. 8.* ad finem, *lib. 4. Mier.* qui plures refert *1 part. quæſt. 1. num. 244* & ſequent.

Nu.82. Quia minus apperte conuincitur oppoſitio hæc con ſolum procedat en las penas que por diſpoſiciõ expreſſa de ley, ipſo iure, ſe incurre en ellas, ſecundum *gloſſ. in cap. cum ſecundum leges, verb. ipſo iure, de hæreti*

hæreticis, lib. 8, vbi dicit, quod quando pœna ipso iure nõ incurritur ad esse, seu substantiã ipsius pœnæ est nẽcessaria sententia condemnatoria, *l. cum qui, ff. de iure fisci,* quando vero incussa est ipso iure, non est necessaria sentencia, quo ad substantiam pœnæ, sed tantum ad illius executionem, *dict. cap. cum secundum,* sequitur *Alexand. cons. 6 num. 2 lib. 3.*

Y assi no incurriendose en este caso la pena ipso iure, antes de la condenacion no tiene subsistencia, ni antes se puede dezir està la sucession en otro, argumento *legis 4. §. si modus, ff. de action. empti,* vt explicat *Barbosa d. §. si vir, num. 47.* circa finem, & consequenter, Garcia de la Carrera quando llegue à tener efecto la condenacion por la sentencia, hallandose pariente mas cercano de su padre, y de Rodrigo su abuelo, la restitucion se le ha de hazer. Nu. 83.

Et minus nocebit, si iterum dicatur, que quedando excluso Iuan de la Carrera por su contrauenciõ, lo quedan tambien sus hijos, & tamquam odiosi testatori non admittuntur, por proceder del matrimonio contraydo contra voluntad del fundador, y participar de la culpa, y contrauenciõ del padre, prout considerat *Mier. dict. 2. part. quæst. 4. illatione 1. n. 319. Thessaur. decis. 270. num. 27. & 28.* Nu. 84.

Porque se responde, que *Mieres* habla quando el posseedor del mayorazgo se casò con muger que tenia macula de rayz infecta, quo casu, como el hijo participa della, estarà excluso de la sucession, ibi: *Nam in isto casu filius tamquam maculatus admittendus non est, quia venit etiam ex radice infecta.* Nu 85.

Quod secus est, quando se casò con muger principal, hijadalgo, como lo hizo el dicho Iuan de la Carrera, quo in casu, teniendo la sucession trato successiuo, se comprehenden en el llamamiento colectiuo los hijos, y descendientes del que contrauino, vt in terminis terminantibus tenet *Thesaur. sup. num. 27.* ibi: *Idque verissimum est hoc casu, quo non appæret de voluntate* Nu. 86.

luntate donatoris extensa, & porrecta ad multos gradus substitutionum, Alexand.consil.118. vol. 2. Detius consil. 95.num.5. Curtius Iunior consil.57. Cephal. omnino vidẽdus, consil.262.num.14.

Nu.87. Et eo maxime, que el matrimonio contraydo cõ doña Maria del Barrio, madre de Garcia, no fue cõtra la voluntad del fundador, quando el padre requirio à las del linage de Antona Garcia, si querian casar con el, y ninguna lo quiso hazer, con que la cõdicion faltò, y es lo mismo que si entonces ninguna fuera viua, & etiam, que Garcia como nieto de Rodrigo tiene llamamiẽto claro, a quien no se puso este grauamen.

Nu.88. Con que parece llano su derecho, para que se cõfirme la sentencia del inferior, dada en fauor de su padre: & ita speramus quod fiat. Salua in omnibus D C.V.C.

Ldo Vicente de Vargas y Olgar